



# Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction, obs. sous Cass., 25 février 2010**

Colette-Basecqz, Nathalie

*Published in:*  
J.T.L.

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Colette-Basecqz, N 2010, 'Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction, obs. sous Cass., 25 février 2010', *J.T.L.*, p. 184-188.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Il faut cependant convenir que cette deuxième lecture du raisonnement, outre que ce dernier serait alors fort implicite, ne peut que très artificiellement être déduite des motifs de l'arrêt. La lecture la plus plausible est la première. De plus, le fait même de cette incertitude expose le raisonnement au reproche de violation de la loi pour défaut de base légale.

Le moyen est dès lors fondé.

#### Conclusion.

Le pourvoi est recevable et fondé.

**A**

### ARRÊT

#### Sur les faits.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné [S.] à une amende pour infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales; que sur appel de la prévention et du ministère public, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris;

#### Sur le moyen unique de cassation\*\*.

Vu l'article 163, 2° (anciennement 3°) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ensemble l'article 6, § 2 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 71-2 du Code pénal;

Attendu que l'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral, même lorsque celui-ci n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination;

que dans le silence de l'article 163 précité l'élément moral consiste en la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment;

que cela implique que le prévenu est admis à se justifier par toute cause exclusive de faute, sans qu'il soit pour autant, en vertu du principe de la présomption d'innocence, tenu de rapporter la preuve complète de la cause de justification, mais qu'il suffit qu'il la rende crédible;

Mais attendu que les juges d'appel, en décidant que « dans la mesure où l'administrateur a précisément le devoir de faire approuver les comptes... il doit fournir un résultat » et que « l'infraction à l'article 163, 3°, de la loi modifiée sur les sociétés commerciales pour le défaut de publication des comptes annuels constitue un délit purement matériel qui est donné lorsqu'à l'expiration des délais légaux prévus pour l'approbation des comptes et pour la publication subséquente, la publication n'est pas intervenue », sans examiner si l'allégation

« que les assemblées générales n'avaient pas réuni le quorum nécessaire pour procéder à l'approbation des comptes ou que les actionnaires présents auraient refusé d'approuver les comptes » pouvait valoir cause de justification, ont violé les textes normatifs visés au moyen; que le moyen est fondé et que l'arrêt encourt cassation;

#### Par ces motifs :

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen :

casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 juin 2009 sous le n° 320/09 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle;

NOTE. — Sur cet arrêt, ainsi que sur un autre arrêt rendu par la Cour de cassation, également en date du 25 février 2010, voir la note d'observations de Mme Nathalie COLETTE-BASECQZ intitulée « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », ci-après à la p. 184.

**DROIT PÉNAL. — Éléments moral. — « Infractions purement matérielles ». — Allégation crédible d'une cause de justification. — SOCIÉTÉS COMMERCIALES. — Article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. — Article 163, 3°, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. — Omission de publication dans le délai légal de l'inventaire, du bilan, du compte de profits et pertes relatifs à différents exercices.**

**Cour de cassation, 25 février 2010**

Comp. : M.-P. Engel (prés., rapp.), L. Mousel, M.-J. Havé, A. Maas, R. Linden.

Min. publ. : J. Petry.

Av. : M<sup>e</sup> G. Vogel.

(C. c. min. publ. — Arrêt n° 11/2010 pénal - Not. 25574/06/CD; n° 2734 du registre).

*L'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral.*

*Dans le silence de l'article 163, 2°, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sur l'élément moral requis, cet élément, la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment.*

Le gérant ou l'administrateur qui n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi est présumé se trouver en infraction par suite du seul constat de cette omission, qui constitue la faute infractionnelle. Il peut renverser cette présomption en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification.

Ont violé les articles 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et 163, 2°, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, les juges du fond qui, en retenant que « dans la mesure où l'administrateur a précisément le devoir de faire approuver les comptes... », il « doit fournir un résultat » et que « l'infraction à l'article 163, 3°, de la loi sur les sociétés commerciales pour défaut de publication des comptes annuels constitue un délit purement matériel qui est donné lorsqu'à l'expiration des délais légaux prévus pour l'approbation des comptes et pour la publication subséquente, la publication n'est pas intervenue » n'ont pas pris position quant aux faits invoqués comme faits justificatifs.

#### Sur les faits.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné [C.] à une amende pour avoir, en qualité d'administrateur de sociétés anonymes ou de gérant de sociétés à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, en infraction à l'article 163, 3°, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, omis de publier dans le délai légal, l'inventaire, le bilan, le compte de profits et pertes relatifs à différents exercices; que sur appel du prévenu et du ministère public, la cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle, confirma le jugement entrepris.

#### Sur le moyen unique de cassation\*\*.

Vu l'article 79 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et l'article 163, 2°, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales;

Attendu que l'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral; que dans le silence de l'article 163, 2° précité sur l'élément moral requis, cet élément, la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment;

que le gérant ou l'administrateur qui n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi est

(\*\*) L'énoncé du moyen unique de cassation est disponible sur le site internet de la Cour ([www.justice-public.lu](http://www.justice.public.lu)).

(\*\*) L'énoncé du moyen unique de cassation est disponible sur le site internet de la Cour ([www.justice-public.lu](http://www.justice-public.lu)).

présésumé se trouver en infraction par suite du seul constat de cette omission, qui constitue la faute infractionnelle; qu'il peut renverser cette présomption en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification;

Attendu cependant que les juges du fond, en retenant que « dans la mesure où l'administrateur a précisément le devoir de faire approuver les comptes... » il « doit fournir un résultat » et que « l'infraction à l'article 163, 3°, de la loi sur les sociétés commerciales pour défaut de publication des comptes annuels constitue un délit purement matériel qui est donné lorsqu'à l'expiration des délais légaux prévus pour l'approbation des comptes et pour la publication subséquente, la publication n'est pas intervenue » sans prendre position quant aux faits invoqués comme faits justificatifs par X, ont violé les susdits textes légaux;

que le moyen est fondé et que l'arrêt encourt la cassation;

#### Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 juin 2009 sous le n° 320/09 par la cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle;



### OBSERVATIONS

#### Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu deux arrêts en date du 25 février 2010 (n° 10/2010, S. c. min. publ. et n° 11/2010, C. c. min. publ.) par lesquels, sur conclusions conformes du ministère public, elle a rejoint la solution prononcée par la Cour de cassation de Belgique en rejetant l'application en droit pénal de la théorie des infractions purement matérielles. Nous ne pouvons que nous en réjouir!

En cassant des arrêts qui avaient fait application de cette théorie, la Cour a rappelé que l'existence de toute infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral. Érigée en principe général de droit pénal, cette règle ne peut souffrir aucune exception.

Dans une société traversée par une technicité grandissante, nous assistons à une prolifération croissante des infractions dites « réglementaires » pour lesquelles la loi décrit l'élément matériel, mais ne précise pas l'élément moral. L'incrimination pénale joue ici un rôle auxiliaire<sup>1</sup> en ce qu'elle tend à sanctionner la méconnaissance d'obligations imposées par des législations relevant d'une autre branche du droit.

L'analyse de l'arrêt C. c. min. publ. de la Cour de cassation du 25 février 2010 sera prolongée

sous quatre aspects. Tout d'abord, nous rappellerons ce qu'on entend par « infraction matérielle » et indiquerons en quoi l'exigence d'un élément moral doit conduire au rejet de la théorie des infractions purement matérielles. Ensuite, nous traiterons de la question de la détermination, dans le silence de la loi, de l'élément moral requis, avant de nous interroger, au regard de l'évolution de la jurisprudence et des développements de la doctrine, sur la preuve de cet élément moral et le recours aux présomptions de responsabilité dans l'hypothèse des infractions qualifiées de réglementaires ou contraventionnelles. Enfin, nous nous intéresserons aux moyens de défense qui peuvent être soulevés par le prévenu pour renverser de telles présomptions de responsabilité.

#### 1. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2010 (affaire C. c. min. publ.)

Dans le cas d'espèce, le prévenu, en sa qualité d'administrateur de onze sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, s'est vu reprocher une infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales pour avoir omis de publier les comptes annuels dans le délai légal. Une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'a condamné à une amende de 12.500 EUR. Il faut savoir que la peine d'amende prévue par la loi pour cette infraction est de 500 à 25.000 EUR.

Sur appel du prévenu et du ministère public, la cour d'appel a confirmé le jugement entrepris.

Le moyen de cassation unique développé par le prévenu a porté sur la violation de l'obligation de motivation consacrée par la Constitution et l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le prévenu a reproché à l'arrêt de condamnation de ne pas avoir pris position sur les arguments justificatifs qu'il avait avancés. Il a critiqué l'arrêt de la cour d'appel qui a considéré que l'administrateur devait répondre d'une obligation de résultat de publication des comptes annuels dans le délai. Ce faisant, la cour d'appel n'a pas accueilli favorablement les moyens de défense du dirigeant social, lequel avait exposé, aux fins d'être exonéré de sa responsabilité pénale, les difficultés qu'il avait rencontrées pour convoquer l'assemblée générale en vue de l'approbation des comptes.

Les conclusions de l'avocat général John Petry ont examiné longuement et de façon particulièrement approfondie les questions de droit soulevées par le moyen pour aboutir à l'avis selon lequel le moyen de cassation était fondé. À cette occasion, il a été procédé à une étude minutieuse de la jurisprudence et de la doctrine dans les droits belge, français et luxembourgeois.

Pour le ministère public, l'arrêt attaqué pouvait donner lieu à deux interprétations. Selon la première, la cour d'appel, en considérant que l'obligation de déposer les comptes dans le délai constituait une obligation de résultat, n'admettait pas la preuve contraire, ce qui devait entraîner la cassation eu égard au rejet des infractions purement matérielles en droit pénal. Selon la seconde interprétation de l'arrêt, qui serait quant à elle conforme à l'exigence d'un élément moral, la cour d'appel aurait répondu au prévenu qu'il ne lui suffisait pas d'invoquer un fait justificatif, mais qu'il lui appartenait de le rendre vraisemblable, à défaut de quoi il n'y aurait pas lieu d'en

tenir compte. L'avocat général a estimé, à juste titre selon nous, que cette dernière interprétation ne pouvait que très artificiellement être déduite des motifs de l'arrêt, la lecture la plus plausible paraissant être la première.

La Cour de cassation luxembourgeoise a suivi les conclusions du ministère public. Rompant avec une jurisprudence antérieure<sup>2</sup>, elle a d'abord rappelé qu'à défaut d'indication précise dans la loi de l'élément moral exigé, il est permis de présumer l'existence de l'élément moral de la simple réalisation matérielle de l'infraction (en l'espèce, le constat de l'omission de faire procéder à la publication des comptes dans le délai légal). Soulignant le caractère réfragable de cette présomption, la juridiction suprême a ensuite insisté sur la possibilité que doit se voir reconnaître le prévenu de rendre crédible un moyen de défense permettant une exonération de responsabilité pénale (par exemple, la contrainte ou une erreur invincible...).

#### 2. L'exigence d'un élément moral

La notion d'infraction matérielle a été dégagée par la jurisprudence française sous l'empire du Code pénal de 1810<sup>3</sup>. Elle couvre les hypothèses où la disposition pénale, qui incrimine souvent de simples omissions, ne précise pas l'élément moral requis. Les infractions matérielles se rencontrent dans les matières où le législateur a édicté des règles précises de conduite,

(2) Jean Spielmann a cité une abondante jurisprudence par laquelle la Cour de cassation luxembourgeoise a pris position en faveur de la théorie contestable des infractions purement matérielles, précisant que cet accueil favorable constituait également une sorte de palliatif à l'absence de responsabilité pénale des personnes morales (D. SPIELMANN, « Les infractions matérielles et l'imputabilité des infractions en droit luxembourgeois », « Le défaut de prévoyance à l'égard des faits et du droit - Droit belge et droit comparé », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, pp. 510 et s.; D. SPIELMANN, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Bulletin du Cercle français Laurent*, n° IV, 1999, p. 22; D. SPIELMANN, *Droit pénal luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 329 et s., et la jurisprudence citée par l'auteur; D. SPIELMANN, A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 338.

(3) Cass. crim. fr., 12 mai 1843, *Sirey*, 1844, I, 158. Le Nouveau Code pénal français a maintenu les contraventions matérielles mais a toutefois supprimé les délits matériels. L'article 121-3 du Code stipule qu'il n'y a point de contravention en cas de force majeure. Il est permis d'en déduire que, dans tous les autres cas, les contraventions demeurent punissables, sauf disposition contraire. Quant aux délits, la disposition prévoit sans ambiguïté qu'un délit ne peut être déclaré établi en l'absence d'une intention ou, à tout le moins, d'une faute d'imprudence ou de négligence : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Cette exigence d'un élément moral existe aussi pour les délits « hors code » incriminés avant l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal, même en cas de silence de la loi. En effet, selon une disposition complémentaire, « Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément » (article 339 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur). Cependant, la jurisprudence française a maintenu les présomptions de responsabilité, déduisant l'élément moral de la commission des faits. De telles présomptions ne sont jamais irréfragables, le prévenu ayant la possibilité de les renverser (Cass. crim. fr., 17 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 155).

(1) F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge - I. La loi pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 116.

assorties de sanctions pénales en cas de non-respect<sup>4</sup>. En les qualifiant d'infractions matérielles, ces contraventions et délits dits « réglementaires » sont considérés comme punissables sur la simple constatation de la réalisation matérielle du fait incriminé (que ce soit un comportement positif ou une omission)<sup>5</sup>, sans que la preuve d'aucun état d'esprit spécifique (intention ou négligence) ne doive être rapportée par le ministère public<sup>6</sup>. Par ailleurs, l'infraction purement matérielle n'admet pas la preuve contraire (de l'absence d'une faute).

Ce droit réglementaire, qui connaît une inflation galopante depuis quelques décennies, régit divers domaines de la vie en société : la circulation routière, le droit social, le droit économique, le droit douanier, l'environnement... Dans plusieurs secteurs d'activité concernés par ces infractions réglementaires, les destinataires de ces normes de conduite à caractère technique sont principalement les dirigeants sociaux.

Comme le faisait très justement observer le professeur D'Haenens, « l'accroissement démesuré du droit pénal réglementaire compromet sérieusement une politique de poursuite efficace et équilibrée et risque de faire croire que les poursuites relèvent de l'arbitraire; en plus, l'application de la sanction pénale à des infractions réglementaires non intentionnelles qu'en général le justiciable ne perçoit pas comme des comportements répréhensibles conduit à la banalisation du droit pénal »<sup>7</sup>. Par ailleurs, un examen attentif de plusieurs de ces dispositions réglementaires révèle que les peines qu'elles édictent peuvent parfois atteindre des seuils particulièrement élevés. Ce constat devrait conduire à une vigilance accrue lors de l'imputabilité morale de ces infractions réglementaires à leur auteur.

La jurisprudence belge, sur le fondement des mêmes textes que ceux appliqués par les juridic-

tions luxembourgeoises, s'est prononcée fermement et de façon constante en faveur du rejet de la théorie des infractions purement matérielles<sup>8</sup>. À défaut d'être inscrite dans le livre 1<sup>er</sup> du Code pénal, l'exigence de l'élément moral a été érigée en principe général de droit pénal<sup>9</sup>.

Dans plusieurs arrêts<sup>10</sup>, la Cour de cassation belge a ainsi réaffirmé le principe selon lequel une faute est requise même lorsqu'il s'agit d'infractions prévues dans des lois ou règlements particuliers.

En récusant fermement les infractions purement matérielles et les présomptions irréfutables de responsabilité, la Cour de cassation luxembourgeoise a, à son tour, mis en évidence l'exigence incontournable d'un élément moral pour toute infraction.

La notion d'infraction purement matérielle (ou de responsabilité pénale « objective ») est totalement inconciliable avec les principes généraux du droit pénal dans la mesure où toute infraction contient un élément moral (au minimum une faute)<sup>11</sup>. La transgression matérielle de la loi, pour être punissable pénalement, doit être moralement imputable à son auteur<sup>12</sup>. L'imputabilité morale suppose que l'agent dispose de la jouissance de ses facultés mentales et qu'il en ait fait un exercice répréhensible<sup>13</sup>.

L'omission de se conformer au prescrit d'une obligation légale ou réglementaire ne constitue pas en soi une faute. En effet, la simple transgression matérielle de la règle, par exemple à une circonstance fortuite qui rend la survenance de l'infraction imprévisible, doit être distinguée de la situation où l'agent a agi avec un état d'esprit coupable. Seule cette dernière hypothèse peut donner lieu à une condamnation pénale. Ainsi, l'omission n'est fautive que si elle résulte, dans le chef d'une personne physique comme d'une personne morale<sup>14</sup>, d'un défaut de prévoyance et de précaution.

L'adage *nulla poena sine culpa* exprime cette idée selon laquelle aucune peine ne peut être infligée, même s'agissant d'une contravention, en l'absence de faute<sup>15</sup>. Toute infraction pénale, quelle qu'elle soit, et nonobstant le silence de la loi qui l'incrimine, suppose, outre l'existence d'un élément matériel, la présence d'un élément moral<sup>16</sup>.

Il est intéressant de noter que ce principe a été rappelé récemment par la Cour européenne des droits de l'homme, dans une cause où la procédure pénale nationale concernait la responsabilité pénale personnelle des administrateurs de sociétés. Dans l'arrêt *Sud Fondi srl & autres c. Italie*, elle a conclu à la violation du principe de légalité consacré à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au terme de la motivation suivante : « En ce qui concerne la Convention, l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur; cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de *guilty* (dans la version anglaise) et la notion correspondante de « personne coupable » (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction; à défaut, la peine ne serait pas justifiée; il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme « coupable » et la « punir » alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime »<sup>17</sup>.

### 3. La détermination de l'élément moral

Une fois réaffirmé le principe selon lequel toute infraction suppose l'existence d'un élément moral, se pose ensuite la question de savoir comment déterminer cet élément moral.

La réponse est aisée lorsque le législateur a défini lui-même, dans la disposition incriminant l'infraction, l'élément moral requis (par exemple, avec le recours aux expressions suivantes :

*La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 77).

(15) J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in : S.-G. NIJELS, *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire du Code pénal belge*, t. I, Bruxelles, 1867, p. 771, n° 3.

(16) Cass. belge, 13 décembre 1994, *Pas. belge*, 1994, I, p. 1094, R.W., 1995-1996, p. 533, obs. B. SPRIET et A.J.T., 1994-1995, p. 425, obs. R. POTE; *Cass. belge*, 19 novembre 1997, *Pas. belge*, 1997, I, p. 490, J.L.M.B., 1999, p. 48, note Ch. PEVÉ, C. SEVRIN; *Cass. belge*, 26 février 2002, *Pas. belge*, 2002, I, p. 541; *Cass. belge*, 4 octobre 2006, R.G. n° P.06.0545.F, *www.cass.be* :

« En règle, les lois en matière de douanes et accises punissent la simple violation des règlements en cette matière, abstraction faite de l'intention du contrevenant, sans préjudice de la force majeure ou de l'erreur invincible. L'existence d'une infraction ne peut, en effet, dépendre d'un élément intentionnel lorsqu'un tel élément constituerait n'est pas requis par la loi. Cependant, tout élément requiert, outre un élément matériel, un élément moral, même lorsque celui-ci n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination. La culpabilité du chef d'une infraction requiert la connaissance de ce qu'elle est commise »; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, la loi pénale, op. cit., p. 425.

(17) C.E.D.H., affaire *Sud Fondi srl et autres c. Italie*, 20 janvier 2009, rendu à l'unanimité, *www.hudoc.echr.coe.int*, § 116.

(4) Voir P. VAN DER VORST, « Les infractions à la législation sociale sont-elles des délits contraventionnels ou réglementaires? Pour une morale sociale de notre temps », *J.T.T.*, 1971, p. 169-171.

(5) « En certains domaines, la peine est prononcée par le seul fait de l'acte, mécaniquement, matériellement, abstraction faite de la volonté ou intention de l'auteur (...) En est ainsi en matière de douanes et accises (...) Les contraventions sont réprimées matériellement, par cela seul qu'elles ont été perpétrées » (A. BRAS, *Précis de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1946, pp. 92-93). Voir aussi R. LECROS, *L'élément moral dans les infractions*, Liège, Paris, Desoer - Sirey, 1952, n° 161; « Lorsque l'infraction ne comporte pas d'élément moral particulier, le prévenu est punissable dès que le fait est matériellement commis, sauf lui à se justifier » (J. MESSINIE, obs. sous *Cass. belge*, 12 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 440); F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, la loi pénale, op. cit., pp. 411 et s.; « In gevallen waarin de wet geen melding maakt van het vereiste moreel element, wordt aangenomen dat het bestaan van dit moreel element kan worden afgeleid uit de vaststelling van de materialiteit van de inbreuk » (R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 4<sup>e</sup> éd., Antwerpen, Maklu, 2007, p. 857); « Le fait d'avoir posé l'acte délictueux librement et en conscience constitue une faute, en soi, dans le chef du prévenu » (J. KENNÉ, *La preuve en matière pénale*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 181); F. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions : une controverse obsolète », *Actualité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1.

(6) D. SPIELMANN, « Les infractions matérielles et l'imputabilité des infractions en droit luxembourgeois », op. cit., p. 514; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité - Analyse de droit comparé*, Bruxelles - Paris, Bruylant (L.G.D.J.), 1998, p. 984, note 77.

(7) J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », « Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit - Droit belge et droit comparé », *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, pp. 462-463.

(8) Voir Cass. belge, 29 mars 2006, sur conclusions conformes de l'avocat général Damien Vandemeersch, *Pas. belge*, 2006, I, p. 699 et R.G.A.R., 2006, n° 14194.

(9) *Cass. belge*, 27 septembre 2005, *Pas. belge*, 2005, I, p. 1751 et R.C.J.B., 2009, p. 203, note F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », pp. 214-247; O. MICHEL, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *J.T.*, 2009, p. 563.

(10) *Cass. belge*, 6 octobre 1952, *Pas. belge*, 1953, I, p. 37; *Cass. belge*, 12 mai 1987, sur conclusions conformes du procureur général J. du Jardin, alors avocat général, *Pas. belge*, 1987, I, p. 1056, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711. Voir aussi J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1987) », *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 289.

(11) Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2009, p. 303.

(12) F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 423.

(13) Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et imputabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr. Louvain*, 1995, p. 191.

(14) « Suivant l'élément moral requis par l'infraction poursuivie, une condamnation de la personne morale passe par la démonstration de l'existence dans son chef d'une faute, d'un dol ou d'un dol spécial. (...) Il n'y a pas de responsabilité objective de la personne morale. Le constat de la matérialité d'une infraction ainsi que de son imputabilité matérielle à la personne morale ne suffit pas pour condamner une personne morale. La preuve d'un élément moral propre à la personne morale, distinct de l'élément moral avec lequel ont agi les entités qui la composent, doit être rapportée » (A. MISSONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique - Un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », in S. ADAM, M. COLETTE-BASECQZ et M. NIHOUL,

« volontairement », « sciemment », « intentionnellement », « à dessein », « en connaissance de cause », « par défaut de prévoyance ou de précaution »...).

En revanche, la situation est plus délicate lorsque l'élément moral n'est pas expressément énoncé dans la disposition légale, ce qui est la situation la plus fréquemment rencontrée dans les lois et règlements particuliers, lesquels se contentent souvent de décrire l'élément matériel de l'infraction.

En Belgique, plusieurs théories s'affrontent s'agissant de la détermination de l'élément moral. A la théorie classique, s'oppose la doctrine de l'Université libre de Bruxelles<sup>18</sup>.

Selon la théorie classique<sup>19</sup>, l'imputabilité morale d'une infraction à son auteur ou participant suppose que celui-ci dispose de la capacité pénale, c'est-à-dire de ses facultés cognitives et volitives, mais aussi qu'il en ait effectué un exercice répréhensible, en étant animé de l'état d'esprit coupable se rapportant à l'infraction. L'élément moral, entendu ici comme « état d'esprit coupable » peut revêtir différentes formes : un dol général (l'intention criminelle suppose la connaissance et la volonté ou l'acceptation de poser l'acte interdit ou de s'abstenir d'intervenir), un dol spécial (en plus de la connaissance et de la volonté s'ajoute une intention plus spécifique), une faute (consciente ou inconsciente) ou un concours du dol général et de la faute (dans les infractions préintentionnelles).

Selon la volonté des auteurs du Code pénal belge telle qu'elle ressort des travaux préparatoires de celui-ci et dont le Code luxembourgeois dérive par voie de filiation<sup>20</sup>, à défaut de texte légal qui incrimine la faute ou un dol spécial, l'élément moral requis pour les crimes et délits du livre II du Code pénal est le dol général; en matière de contraventions, sauf disposition contraire du législateur, la simple faute suffit à constituer l'élément moral<sup>21</sup>. Quant aux infractions

aux lois et règlements particuliers, à défaut de précision du législateur au sujet de l'élément moral, celui-ci est constitué de la simple faute pour les délits et les contraventions<sup>22</sup>, alors que, pour les crimes, l'intention est requise<sup>23</sup>.

Le professeur Verhaegen a eu l'occasion de préciser que « c'est bien l'élément moral et non le fait matériel inadéquat que vise le terme *culpa*; plus précisément encore, c'est l'exercice ou le non-exercice irrépréhensible des facultés mentales du sujet »<sup>24</sup>.

La doctrine de l'Université libre de Bruxelles, qui trouve son origine dans la thèse défendue par M. Robert Legros en 1951<sup>25</sup>, reconnaît aussi l'exigence d'un élément moral pour toute infraction<sup>26</sup>. Pour le reste, elle diffère considérablement de la théorie classique en ce qu'elle remet en cause plusieurs postulats instaurés par les travaux préparatoires du Code pénal. Ainsi, elle n'opère pas de distinction, au sujet de l'élément moral, entre les crimes, les délits et les contraventions, pas plus qu'elle ne traite différemment les infractions au livre II du Code pénal de celles prévues dans les lois et règlements particuliers. De même, elle ne laisse aucune place au dol général (ou à « l'intention criminelle »). L'école de l'Université libre de Bruxelles considère que lorsque le législateur n'a pas expressément défini l'élément moral (en incriminant une « volonté de résultat », ou un « dol spécial », ou encore une « faute antérieure »), celui-ci consiste en la « faute infractionnelle ». Cette dernière n'est pas entendue comme une coupable négligence, mais consiste en la « transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire (...) commise librement et consciemment », lorsque l'agent ne peut se prévaloir d'une cause de justification<sup>27</sup>. Selon cette approche, il importe

peu que la transgression résulte d'une simple négligence ou d'une intention.

Cette doctrine fondée sur l'enseignement du professeur Legros estime qu'à chaque fois que l'élément moral n'est pas expressément spécifié dans le texte légal ou réglementaire, c'est au prévenu d'invoquer une cause de justification pour établir que la transgression n'a pas été « commise librement et consciemment »<sup>28</sup>. Dans cette hypothèse, c'est dès lors au prévenu qu'il revient de soulever une cause de justification ou de non-imputabilité morale pour convaincre de son innocence. Si ses allégations ne sont pas dénuées de toute crédibilité, le ministère public devra apporter la preuve de leur inexactitude<sup>29</sup>.

Une telle théorie de l'élément moral, qui impose au prévenu, dans tous les cas où le législateur n'a pas expressément défini l'élément moral de l'infraction, de collaborer activement à l'administration de la preuve, n'opère-t-elle pas un renversement des règles relatives à la charge de la preuve? En vertu de ces règles, il appartient au ministère public ou à la partie civile d'apporter la preuve de la culpabilité du prévenu<sup>30</sup>. Ce fardeau de la preuve s'étend à tous les éléments constitutifs (en ce compris l'élément moral) et, le cas échéant, aggravants de l'infraction. Elle suppose aussi que la partie poursuivante ou la partie civile établissent l'inexactitude des moyens de défense (causes de justification objective, causes de non-imputabilité morale, causes d'excuse...) allégués par le prévenu pour autant qu'ils ne soient pas dépourvus de tout élément de nature à leur donner crédit<sup>31</sup>. R. Merle et A. Vitu précisent : « Quand l'accusation ne peut établir l'infraction

(18) F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », R.C.B., 2009, pp. 214-247. Selon le professeur De Nauw, « ces divergences sont nettement moins présentes dans la doctrine néerlandophone de notre pays » (A. DE NAUW, « Continuité et renouveau des principes généraux du droit pénal : contributions et échecs de la doctrine de la revue », in *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie - Le centenaire de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 5).

(19) La doctrine classique se fonde principalement sur les écrits du professeur J.-J. HAUS. Voir J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, Hoste, 3<sup>e</sup> éd., 1879, n° 293 et 403. La doctrine classique a été poursuivie par : Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 315 et s. Voir aussi au Luxembourg D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, op. cit., pp. 323 et s.

(20) D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal luxembourgeois*, op. cit., pp. 314 et s.

(21) « Il ne faut pas perdre de vue qu'une infraction n'est, en règle ordinaire, punissable que lorsque l'agent l'a commise avec connaissance et volonté (*sciens et volens*). Ces deux éléments fondamentaux de la culpabilité constituent le dol général, qui, si la loi n'en a disposé autrement, est tout à la fois suffisant et nécessaire pour que la peine soit applicable (...) La loi peut s'écarter, dans deux sens différents, de ces principes de la culpabilité : en exigeant, outre la connaissance et la volonté, une intention perverse particulière, comme le dessein de nuire, celui d'obtenir un bénéfice illicite (dol spécial) ou en se servant même contre des faits dus à l'absence d'une énergie assez grande dans le bien, comme l'inattention ou l'imprudence (faute). Mais ces dérogations au principe général ne doivent être admises que lorsqu'un texte formel les autorise » (E. PIRMEZ,

« Rapport sur le projet de Code pénal », in *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire du Code pénal belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1868, p. 558, n° 57). « L'intention criminelle (*dolus*) est un élément constitutif de tout crime et même de tout délit, à moins que la loi n'ait puni, par une disposition expresse et spéciale, la simple faute (*culpa*), comme par exemple, dans les cas prévus par les articles 419 et 420 du Code pénal » (J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », op. cit., p. 134, n° 306).

(22) Le contrevenant est passible d'une sanction pénale s'il a agi par imprudence, négligence ou imprévoyance, alors qu'il pouvait et devait raisonnablement prévoir les conséquences dommageables de cette transgression.

(23) J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., n° 295-296. Selon le professeur D'Haenens, « le caractère de délit, même de nature réglementaire, la sanction pénale ne devrait en principe que frapper les infractions intentionnelles et, exceptionnellement, (eu égard aux conséquences graves qui peuvent en résulter) les comportements qui procèdent d'une faute grave et subjectivement répréhensible » (J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », op. cit., p. 463). La commission pour la révision du Code pénal a proposé d'insérer dans la partie générale du Code pénal une disposition relative à l'exigence de principe du dol pour tous les crimes et délits, sauf, pour ces derniers, lorsque la loi en dispose autrement (Commission pour la révision du Code pénal, « Rapport sur les principales orientations de la réforme », Bruxelles, *Moniteur*, 1919, p. 54). Par le biais de l'article 100 du Code pénal, ce principe pourrait alors s'appliquer à tout le droit pénal réglementaire.

(24) J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements », *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, pp. 289-290.

(25) R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, op. cit. L'avant-projet de Code pénal belge rédigé par M. Legros s'inspire fortement de cette doctrine (R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, *Moniteur*, 1957, p. 85).

(26) F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », op. cit., p. 217. (27) Cass. belge, 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 26 et *Pas. belge*, 1994, I, p. 788. Pour de plus amples développe-

ments sur la théorie de l'élément moral, voir F. KUTY, « La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale », op. cit., pp. 217 et s. et F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, la loi pénale, op. cit., pp. 409 et s.

(28) Cette théorie a reçu un accueil favorable dans la jurisprudence belge. Voir notamment Cass. belge, 20 juin 1995, *Pas. belge*, 1995, I, p. 664; Cass. belge, 11 février 1997, *Pas. belge*, 1997, I, p. 77; Cass. belge, 17 février 1998, *Pas. belge*, 1998, I, p. 97; Cass. belge, 8 octobre 2002, *Pas. belge*, 2002, I, p. 515; Cass. belge, 19 novembre 2002, *Pas. belge*, 2002, I, p. 615; Cass. belge, 29 avril 2003, *Pas. belge*, 2003, I, p. 895; Cass. belge, 7 décembre 2004, *Pas. belge*, 2004, I, p. 1932.

(29) L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Malines, Kluwer, 2009, p. 13.

(30) Conformément à l'article 6, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Le prévenu est ainsi présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. Voir aussi L. HUYBRECHTS, « De rechter en het vermoeden van onschuld », *Libera micromor Jean du Jardin*, Deurne, Strauwer, 2001, p. 195; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, op. cit., p. 847. Par ailleurs, la règle selon laquelle le doute profite au prévenu constitue un corollaire de la présomption d'innocence. Il s'agit d'un doute sérieux qui rend la culpabilité incertaine aux yeux du juge (B. DEJEMPEPE et L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve - Développement récents », *La preuve - Questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 68).

(31) Cass. belge, 10 octobre 1990, *Pas. belge*, 1991, I, p. 167; Cass. belge, 21 avril 1998, *Pas. belge*, 1998, I, p. 464; Cass. belge, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 333; R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 821, n° 1626-1627; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Bruges, la Charte, 2008, p. 25. « Cette règle relative à la charge de la preuve vaut aussi pour les infractions non intentionnelles et les infractions simplement réglementaires, même si ce dernier point suscite quelques controverses » (M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 1028-1029).



tion dans ses divers éléments constitutifs et prouver la culpabilité, l'accusé ou le prévenu doit être acquitté (...); l'inculpé n'est pas tenu d'établir son innocence par des preuves complètes : il suffit qu'il crée un doute suffisant qui empêche le juge de parvenir à une certitude; l'accusation, au contraire, ne peut aboutir qu'avec des preuves décisives...<sup>32</sup>.

Nous en venons ainsi à aborder la question de la preuve de l'élément moral qui nous paraît relever d'un tout autre problème, comme le procureur général Jean du Jardin, alors avocat général, s'était plu à le rappeler, dans ses conclusions conformes précédant le célèbre arrêt David<sup>33</sup>.

#### 4. La preuve de l'élément moral

À côté de la question de la détermination de l'élément moral requis pour chaque infraction, se pose celle de la preuve de cet élément moral. À cet égard, force est de constater que la preuve de l'élément moral d'une infraction réglementaire est malaisée à rapporter dans certaines matières d'une technicité particulière (sociale, douanière, comptable, fiscale...)<sup>34</sup>.

Pour ces infractions contraventionnelles, la jurisprudence admet, dans le but de faciliter l'administration de la preuve des infractions, que le juge puisse déduire la culpabilité de l'agent du fait matériel de l'infraction, pour autant que le contrevenant ne rende pas plausible une cause de justification ou une cause de non-imputabilité<sup>35</sup>.

Cependant, les règles qui tendent à l'assouplissement de cette preuve ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause l'exigence même de l'élément moral. Les présomptions de responsabilité sont toujours réfragables<sup>36</sup>, ainsi que la Cour suprême l'a précisé dans l'arrêt commenté.

Dans le cadre du renversement de la présomption, il n'est, certes, pas exigé du prévenu qu'il apporte la preuve certaine des éléments de défense qu'il allègue. Il peut se limiter à faire valoir l'existence de l'élément moral dans son chef, pourvu que ses allégations ne soient pas invraisemblables<sup>37</sup>; la preuve contraire incombant à la partie poursuivante. Dans l'affaire commentée, selon la seconde interprétation de l'arrêt de la cour d'appel, telle qu'elle a été dégagée par l'avocat général, « il ne suffit pas aux prévenus d'invoquer les allégations, mais ils doivent les rendre crédibles, même s'ils ne sont pas tenus d'en faire une preuve complète ». Sans attendre du prévenu qu'il apporte une

preuve « complète », on l'oblige toutefois à rendre sa thèse vraisemblable aux yeux du juge, afin de susciter, à tout le moins, un doute suffisant sur sa culpabilité. Quelle sera l'étendue de son effort pour y parvenir? Quels éléments, à titre de commencement de preuve, devra-t-il apporter à l'appui de sa défense? Ne peut-on craindre un risque de compromettre gravement la présomption d'innocence<sup>38</sup>?

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas jugé que le renversement de la charge de la preuve, résultant des présomptions de responsabilité, était en soi contraire à la présomption d'innocence<sup>39</sup>. Cependant, elle a précisé, dans l'affaire *Salabiaku contre France*<sup>40</sup>, que ces présomptions devraient être « enfermées » dans des limites raisonnables prenant en compte tant la gravité de l'enjeu que la nécessaire sauvegarde des droits de la défense. Par la suite, la Cour européenne a confirmé sa jurisprudence<sup>41</sup>.

La jurisprudence strasbourgeoise devrait inciter les législateurs nationaux à plus de parcimonie dans le recours aux présomptions de responsabilité, afin de ne pas mettre à mal, voire même de vider de sa substance, la présomption d'innocence<sup>42</sup>.

#### 5. Les moyens de défense

Dans l'examen des principaux moyens de défense qui peuvent être soulevés par le prévenu pour renverser la présomption de responsabilité, il convient de distinguer les causes de justification des causes de non-imputabilité. Si elles entraînent toutes deux une décision d'acquiescement, seules les premières rendent celui-ci honorable (le fait étant rendu « conforme au droit »). Les secondes signifient qu'un acte, objectivement illicite, n'est subjectivement pas imputable à son auteur<sup>43</sup>.

(38) En ce sens : « S'il est exact que la lecture de certains arrêts de la Cour de cassation permettrait de penser qu'il suffit au prévenu d'alléguer des faits reconnus comme "simplement vraisemblables" (...), la plus grande partie des décisions de la Cour exigent actuellement que le prévenu "apporte des éléments" qui constituent à notre sens un véritable commencement de preuve » (A.-L. FETTWIS, « La charge de la preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence », actes du colloque des 30, 31, 1<sup>er</sup> juin 1985, éd. du Jeune barreau de Liège, 1985, p. 147).

(39) N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », in *Libri amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 426.

(40) C.E.D.H., 7 octobre 1988 (affaire *Salabiaku c. France*), série A, n° 141-A, commenté par J. JUNOSZA-ZDROJEWSKI, « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité », *Gaz. pal.*, 1989, n° 3, chr., p. 308.

(41) C.E.D.H., 25 septembre 1992 (affaire *Pham Hoang c. France*), série A, n° 243; C.E.D.H., 5 juillet 2001 (affaire *Philips c. Royaume-Uni*), www.hudoc.echr.coe.int/hudoc; 40; C.E.D.H., 4 octobre 2007 (affaire *Anghelescu Roumanie*), www.hudoc.echr.coe.int/hudoc; 560; A. SPIELMANN et D. SPIELMANN, « Cour européenne des droits de l'homme : Présomption d'innocence (1982-1996) », *Ann. dr. Lux.*, 1996, pp. 473 et s.; G. RANER, « L'article 20 de la loi générale sur les douanes et accises - La présomption d'innocence et les présomptions légales », *J.L.M.B.*, 2002, pp. 902 et s.; Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, op. cit., pp. 306-307.

(42) N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », op. cit., p. 430. Pour un avis critique, voir aussi A.-L. FETTWIS, « La charge de la preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence », op. cit., pp. 144 et 147.

(43) J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction », in *Mélanges Robert Legros*, Bruxelles, éd. U.L.B., 1984, p. 766. Contra, voir F. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions : une controverse obsolète », op. cit.,

Les causes de justification objective regroupent l'état de nécessité, la légitime défense, l'ordre de la loi ou le commandement légal de l'autorité ainsi que la résistance légitime aux abus de l'autorité<sup>44</sup>. Quant aux causes de non-imputabilité morale, elles comprennent la démence, la minorité d'âge, la contrainte irrésistible et l'erreur invincible. Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove précisent que « les différentes causes de non-imputabilité peuvent être elles-mêmes regroupées en deux catégories : les premières ont trait, de manière radicale, à la capacité de l'agent à développer de manière permanente une activité consciente et volontaire, à ses facultés volitives et intellectuelles, à son degré général de discernement; les secondes ont trait à l'exercice momentané de ces facultés chez une personne qui possède par hypothèse une telle capacité »<sup>45</sup>.

Nous nous concentrerons ici sur les moyens de défense les plus fréquemment soulevés dans le cadre des infractions réglementaires, à savoir l'état de nécessité, la contrainte et l'erreur invincible.

Au Luxembourg, comme en Belgique, l'état de nécessité consiste en une création doctrinale et jurisprudentielle<sup>46</sup>. Il vise les circonstances exceptionnelles ou, en présence d'un mal grave et imminent, le respect intégral de la loi entraînerait un dommage objectivement et manifestement inacceptable. Seul sera cependant justifié l'acte utile, strictement nécessaire et proportionné<sup>47</sup>. Par ailleurs, ce moyen de défense est applicable à toutes les infractions<sup>48</sup>. De simples difficultés de se conformer à la loi, dues par exemple à des problèmes économiques et financiers d'une entreprise, ont été jugées insuffisantes à caractériser un état de nécessité<sup>49</sup>.

Quant à la contrainte, elle est fondée sur l'article 71-2 du Code pénal luxembourgeois qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». La contrainte peut être physique (dans ce cas, elle s'apparente à la « force majeure ») ou morale. Elle se définit comme un événement irrésistible, extérieur à l'agent, que celui-ci n'a pu ni conjurer ni prévoir<sup>50</sup>. La contrainte place l'agent dans l'impossibilité absolue de respecter le prescrit légal. Elle est à distinguer de l'état de nécessité en ce qu'elle entraîne une annihilation totale du libre arbitre de l'agent, alors que l'état de nécessité implique un choix délibéré entre deux valeurs.

Dans l'arrêt commenté, le prévenu a fait valoir la contrainte à titre de cause exonératoire. Il a

(32) R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1967, p. 725.

(33) Conclusions conformes du procureur général J. du Jardin, alors avocat général, sous Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1056 et *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 711.

(34) Ph. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, F. PICHON et E. DURAND-AUZIAS, 1970, p. 62, n° 58.

(35) Cass. belge, 11 février 1997, op. cit.; Cass. belge, 8 octobre 2002, op. cit.; Cass. belge, 19 novembre 2002, op. cit.; Cass. belge, 29 avril 2003, op. cit.; Liège, 13 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1756; Pol. Wavre, 5 novembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, p. 11148; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 423.

(36) Certains auteurs ont même soutenu que le caractère réfragable de la présomption n'exclut nullement la nécessité de vérifier l'existence d'une faute dans le chef de l'agent (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339, n° 383 et p. 347, n° 396).

(37) Cass. belge, 8 avril 2008, R.G., n° P.08.0006.N, www.cass.be (au sujet d'un délit d'exploitation d'un établissement sans autorisation en matière d'environnement).

(44) F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 338.

(45) *Ibidem*, pp. 389-390.

(46) Cass. belge, 13 mai 1987, op. cit.; A. DE NAUW, « La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité », *R.C.J.B.*, 1989, p. 593; Ch. HENNAU-HUBLET et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 189; D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal luxembourgeois*, op. cit., p. 283.

(47) Ch. HENNAU-HUBLET et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 192-194.

(48) Pour autant que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril dont il se prévaut (Cass. belge, 5 avril 1996, *Pas. belge*, 1996, I, p. 283; Cass. belge, 28 avril 1999, *Pas. belge*, 1999, I, p. 245; Cass. belge, 19 octobre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 322).

(49) Arrêts, 20 novembre 2003, *T. Straff.*, 2004, p. 371.

(50) D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal luxembourgeois*, op. cit., p. 283.

plaidé que l'inobservation de la disposition légale, qui prescrit le dépôt des comptes dans le mois de leur approbation et dans les sept mois de la fin de l'année sociale, provenait de l'impossibilité de convoquer tous les actionnaires pour les assemblées générales, une partie d'entre eux changeant régulièrement d'adresse et de numéro de téléphone, ajoutant que d'autres, qu'il aurait réussi à joindre, ne se seraient pas présentés.

L'omission de se conformer au prescrit réglementaire peut provenir de diverses circonstances, ainsi que le ministère public l'a très justement rappelé dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt annoté. À côté de l'hypothèse du dirigeant social négligent ou distrait, l'on trouve aussi des causes extérieures, comme la non-teneur de l'assemblée générale, pourtant régulièrement convoquée, à la suite du désintérêt des actionnaires, ou encore le refus de l'assemblée générale d'approuver les comptes qui lui ont été soumis, ou encore l'absence d'un *quorum* suffisant pour procéder à l'approbation des comptes. En d'autres termes, le non-respect du délai peut résulter de causes totalement étrangères au dirigeant social. Il en va ainsi si celui-ci a effectué toutes les démarches utiles pour convoquer l'assemblée générale en vue de disposer d'une approbation des comptes, condition préalable indispensable à la publication.

En ce qui concerne l'erreur invincible, elle est celle qu'aurait commise une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu<sup>51</sup>.

Charles-Éric Clesse a fait observer que les décisions, qui, en droit pénal social, ont reconnu l'existence d'une erreur invincible, sont d'une extrême rareté<sup>52</sup>. Et pourtant il s'agit d'une réglementation complexe et changeante... L'auteur ajoute, à raison, que « face à une législation sociale pléthorique, mouvante, et vu la désuétude de l'adage *nemo censetur ignorare legem*, l'erreur de droit pourrait, dans certaines hypothèses, être plus fréquemment soulevée devant les cours et tribunaux »<sup>53</sup>.

Prenez l'exemple du droit pénal social, force est en effet de regretter l'éparpillement des sources (lois, arrêtés d'exécution, conventions collectives...) ainsi que le manque de lisibilité de ses dispositions. Toutes ces lacunes sont autant de sources d'erreurs et d'insécurité juridique pour le citoyen<sup>54</sup>.

Nous pensons aussi que les nombreuses modifications législatives qui surviennent à intervalles réguliers dans les matières réglementaires, dont la complexité est indéniable, se concilient

de plus en plus difficilement avec l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi »<sup>55</sup>.

Par ailleurs, eu égard à la possible sévérité des sanctions pénales susceptibles de frapper les contrevenants, il nous paraît opportun que l'erreur invincible soit appréciée de manière plus individualisée que le simple recours au critère de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. À l'instar de la contrainte irrésistible visée à l'article 71-2 du Code pénal luxembourgeois, il devrait être possible d'apprécier le comportement fautif de l'agent selon des critères concrets intégrant non seulement les circonstances de l'espèce, mais aussi la personnalité de l'agent<sup>56</sup>. Certes, l'on conçoit aisément que la complexité du droit ne puisse à elle seule exonérer de sa responsabilité pénale celui qui, ignorant les changements législatifs intervenus, aurait continué à agir « comme par le passé »<sup>57</sup>. Toutefois, il devrait être possible d'admettre le caractère invincible de l'ignorance du prévenu qui n'a pas été informé des nouvelles obligations légales et, en toute bonne foi, s'est fié aux indications données par des instances compétentes.

En conclusion de cette analyse, relevons que la jurisprudence commentée devrait amener les cours et tribunaux à se garder d'une imputation automatique de l'infraction à son auteur matériel et à privilégier une démarche respectueuse des principes de droit pénal et des moyens exonératoires invoqués par le prévenu.

Par ailleurs, ainsi que l'écrivait à raison le professeur D'Haenens, « l'élaboration d'une théorie de l'élément moral de l'infraction peut être considérée comme le problème clé du système pénal »<sup>58</sup>. Il nous paraît que l'insertion dans le Code pénal de dispositions générales qui contiendraient une théorie de l'élément moral serait vivement souhaitable. Les solutions choisies par le législateur français lors de l'adoption du Nouveau Code pénal pourraient à cet égard servir de source d'inspiration. Cette codification aurait le mérite de contribuer à un objectif de clarté, mais aussi de sécurité juridique.

Nathalie COLETTE-BASECQZ

Chargée de cours (F.U.N.D.P. de Namur,

Académie universitaire « Louvain »)

Membre du centre Projucit

(Protection juridique du citoyen)

Avocat au barreau de Nivelles

# INSOLVABILITÉ. — Liquidation judiciaire d'un établissement de crédit. — Égalité des créanciers. — Imputation et date de conversion des versements de dividendes perçus par les créanciers dans le cadre des procédures de liquidation des succursales étrangères.

Cour d'appel (10<sup>e</sup> ch.), 28 octobre 2009

Comp. : I. Folscheid (prés.), C. Heyard, A. Gantrel.

Min. publ. : J. Engels.

Av. : J.-P. Noesen, Y. Hamilius, L. Dupong, J. Biver.

(Arrêt n° 33904 du rôle).

Étant donné que les dividendes d'ores et déjà payés par les liquidateurs néerlandais et allemands sont à considérer comme constituant des acomptes à faire valoir sur la dette de la société luxembourgeoise en liquidation à l'encontre de ces créanciers, dette évaluée en USD, la date de conversion qui préserve le mieux l'égalité entre tous les créanciers est celle où les dividendes ont été payés.

Pour que les créanciers puissent également être désintéressés dans une deuxième procédure, il faut qu'il soit acquis qu'ils ne se verront plus distribuer de dividendes dans la première procédure, faute de quoi l'égalité entre tous les créanciers ne serait plus assurée.



Par requête déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 6 mars 2008, les liquidateurs de la société anonyme C., en liquidation, se basant sur un jugement du 3 janvier 1992 ayant mis C. en liquidation judiciaire et arrêté le mode de liquidation, ont fait exposer — entre autres — ce qui suit :

« (...) Les productions de créances faites en conformité avec la loi luxembourgeoise sont à accepter même si elles ont fait l'objet d'une production de créances auprès de la succursale d'une acceptation de ces créances produites et même encore si elles ont fait l'objet d'une distribution de dividendes sur ces créances par le liquidateur de cette ou ces succursales, les montants des dividendes payés étant alors imputés par les liquidateurs luxembourgeois sur les dividendes déclarés revenant aux détenteurs de ces créances dans la liquidation luxembourgeoise. Les liquidateurs constatent que les dividendes payés par les liquidateurs des succursales ont généralement été faits dans la monnaie de la succursale. Pour le calcul du montant des dividendes distribués en monnaie de la succursale à imputer en US dollars, les liquidateurs appliqueront le cours de change applicable au 3 janvier 1992, date d'ouverture de la liquidation au Luxembourg, lequel cours de change est également celui applicable pour le calcul de la créance elle-même (...) ».

Les liquidateurs ont demandé au tribunal de compléter le jugement de mise en liquidation de la C. par les paragraphes suivants :

(51) Voir Cass. belge, 14 janvier 1987, *Pas. belge*, I, 1987, p. 562.

(52) Ch.-É. CLESSE, « L'erreur ou l'ignorance invincible en droit pénal social », note sous C.T. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 6 août 2009, *Droit pénal de l'entreprise*, 2010, p. 60. Ces décisions ont souvent trait à la détermination des commissions paritaires compétentes. L'erreur invincible a été admise lorsqu'elle se fonde sur des avis émis par l'autorité administrative compétente (Cass. belge, 29 avril 1998, *Pas. belge*, 1998, I, p. 509).

(53) *Ibidem*.

(54) F. KEFER, « Un jour, peut-être un Code pénal social... », in Ch.-É. CLESSE, *Droit pénal social : actualités et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 17; M.-A. BEERNAERT, M. DE RUE et J. WATTIER, « L'accessibilité et l'intelligibilité du droit contemporain en matière pénale : une gageure », in *Libera amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, la Chartre, 2009, pp. 18 et s.

(55) En ce sens, voir aussi Ch. PEVÉ et C. SEVRIN, « Du nouveau dans la matière de l'élément moral », note sous Cass. belge, 19 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 49-50 (« Un tempérament n'est-il pas devenu indispensable à ce principe qui tend désormais à rejoindre la pure fiction ? »); La *pathologie législative*, comment en sortir?, actes du colloque du 23 mai 1997 organisé par l'Association des juristes namurois, Bruges, la Chartre, 1998.

(56) Voir N. BASECQZ et N. DENIES, « Droit de l'environnement et droit économique et social : réflexions sur l'élément moral dans les lois et règlements particuliers », « Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit », *Droit belge et droit comparé*, Rev. dr. pén. crim., 1994, p. 507.

(57) C.T. Liège, 20 mai 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 187; C.T. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 6 août 2009, *Droit pénal de l'entreprise*, 2010, p. 55, note Ch.-É. CLESSE, « L'erreur ou l'ignorance invincible en droit pénal social ».

(58) J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *op. cit.*, p. 460.